

LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS INTERNACIONALES. SU RÉGIMEN DE LEGALIDAD

Jorge Antonio SÁNCHEZ CORDERO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tendencia de la armonización.* III. *Los progresos hacia la armonización: iniciativas de reformas específicas.* IV. *El estado actual del proceso de armonización.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de legalidad de las garantías mobiliarias en el ámbito internacional ha suscitado intensos debates que atañen a las relaciones entre la unificación del derecho material y las reglas de conflicto. Igualmente participa de la controversia que se refiere a limitar la unificación legislativa a transacciones internacionales, o bien proponer modificaciones en el derecho interno, y en este último caso propugnar por una “unificación orgánica”; la controversia se extiende a considerar si debe empezarse con leyes generales o concentrarse en la legislación específica. A la fecha se debaten todavía estos planteamientos a cuyo efecto se han desarrollado como respuesta a leyes modelo o convenciones internacionales. Es de señalarse que las condiciones históricas bajo las que actualmente se realizan los trabajos preparatorios han cambiado sustancialmente.

Para dimensionar estos cambios debe partirse del informe de Uncitral de 1976, sobre el estado que guardaban las legislaciones nacionales. Este informe apuntaba que las diferencias entre los diversos sistemas de legalidad en materia de garantía eran tan significativas que la unificación en la materia era ilusoria. Tal y como lo reflejara el informe de Uncitral, las leyes nacionales variaban en aspectos sustantivos del régimen de legalidad de las garantías: así, *verbi gratia* la formalidad requerida para constituir una ga-

rantía; la pretensión de una garantía unitaria en el patrimonio mobiliario del deudor; la necesidad de un registro público de garantías mobiliarias para determinar prelaciones de diferentes acreedores; los derechos para hacer efectivas las garantías. La conclusión de Uncitral era esperable: la unificación no era viable en esa época y pospuso sus trabajos en la materia.

En 2001, el entorno legal varió dramáticamente. Durante todo ese periodo se multiplicaron propuestas, algunas impulsadas por el propio Unidroit, Uncitral o la Conferencia de la Haya, diseñadas para armonizar legislaciones en materia de garantías. Estas propuestas enriquecieron significativamente tanto la cooperación procesal como la sustantiva en materia de armonización. En consideración a este entorno que propicia la discusión de estos tópicos, Uncitral, Unidroit y la Conferencia de La Haya renovaron sus esfuerzos en el ámbito de garantías, como se dará cuenta en este opúsculo.

II. LA TENDENCIA DE LA ARMONIZACIÓN

1. *Los conflictos de transacciones de garantías transfronterizas*

Históricamente, las reglas internas de conflicto se han empleado para elegir la ley aplicable en las transacciones transfronterizas. Sin embargo —y esto es lo importante— el incremento del volumen de las transacciones financieras transfronterizas, y consecuentemente la formalización de garantías inherentes a estas transacciones, han puesto en relieve los costos de legalidad de estas reglas de conflicto y han demostrado su insuficiencia.

A. Transacción de costos como resultado de la diversidad de las leyes conflictuales internas

Conforme a la óptica tradicional de las reglas internas de conflicto, la creación, el perfeccionamiento y la prelación de las garantías en la propiedad privada están sometidas a la ley en donde se ubica la garantía. Cuando esta regla se aplica a las transacciones financieras internacionales, se genera un incremento sustantivo en los costos. En primer término, porque la ley a la que están sujetas las garantías varía radicalmente de jurisdicción en jurisdicción, y en consecuencia se requiere de una investigación minuciosa y acopio de material legal. Para hacer más complejo el problema, estas leyes contienen un sinnúmero de requisitos ajenos con frecuencia en estas juris-

dicciones. En operaciones financieras transfronterizas que impliquen garantías ubicadas en diferentes jurisdicciones, la tarea es ardua, complicada y onerosa. Así, *verbi gratia*, si se garantiza un crédito con el equipamiento de una compañía multinacional, se hace necesario que el acreedor determine y compile todo el material relevante en cada jurisdicción en donde la compañía realice operaciones. En segundo término, la migración transfronteriza, real o potencial, de garantías genera a su vez costos adicionales, ya que los acreedores que acrediten tener interés jurídico en estas garantías se ven forzadas a investigar las leyes aplicables de jurisdicción por las que transmiten estas garantías. El costo en transacciones transfronterizas se incrementa sensiblemente cuando las garantías móviles migran de jurisdicción en jurisdicción. En este caso, en una compañía de transportes, sus acreedores deberían de determinar la ley aplicable de las garantías en cada país en donde pudiera ser desplazado la garantía mobiliaria. Conforme a estas consideraciones y aun cuando la ley aplicable pudiera llegar a ser fácilmente identificable, existe la necesidad de monitorear el movimiento de garantías mobiliarias y con ello tener que descifrar múltiples sistemas de legalidad que sin duda alguna agrega costos adicionales al financiamiento internacional. En tercer y último término —y con ello hay que convenir la ley aplicable no es con frecuencia fácilmente identificable— debe aquí resaltarse la divergencia de criterios en cuanto a la ubicación de la garantía mobiliaria, más aún si ésta es intangible, que complica enormemente el análisis de las reglas de conflicto.

B. Costos resultantes de la aplicación de leyes anacrónicas en materia de garantías

Las dificultades descritas anteriormente alcanzan altos grados de complejidad cuando la ley aplicable en materia de garantías mobiliarias resulta poco familiar para los acreedores, y resulten adicionalmente insuficientes para las soluciones de controversias. Un acreedor podría en estos casos enfrentarse con la situación que las garantías mobiliarias formalizadas conforme a una cierta jurisdicción no sean reconocidas como tales en la forma en la que ha sido convenida en la jurisdicción de la ley aplicable. En estos casos la prestación de los créditos se hace mucho más riesgosa y por lo tanto más onerosa. En la medida en la que se incrementa en el financiamiento internacional el componente transfronterizo la migración de las garantías

mobiliarias será mucho más usual y las implicaciones que éste originen para el mercado financiero internacional, serán enormes.

C. Incremento de intangibles como garantías

La propiedad intangible se ha convertido cada vez más en una fuente muy importante de garantías, *verbi gratia*, las cuentas por cobrar o las garantías indirectas. La determinación de la ley aplicable en esta clase de garantías no resulta nada sencillo. En el caso de las cuentas por cobrar se pueden emplear múltiples criterios, por ejemplo el lugar en donde el crédito se originó; el lugar de la ubicación del deudor entre otros. La complejidad se acrecienta cuando la cuenta por cobrar forma parte de una universalidad, cuyos otros componentes pueden estar sujetos a otras jurisdicciones. En la medida en la que se incrementa el empleo de propiedad intangible como garantía, la necesidad de reglas de conflicto que resuelva la ley aplicable de la ubicación de la universalidad de cuentas por cobrar, se hace más imperativo.

2. Los obstáculos a ser vencidos

Si bien los esfuerzos para implementar reformas en los diferentes ámbitos de legislación comercial enfrenta diversos grados de dificultad, las reformas en materia de garantías lo es más aún.

A. Los aspectos dominicales de las garantías

Los derechos que se generan con motivo de la constitución de garantías participan parcialmente de la naturaleza contractual. El contrato que formalizan las garantías mobiliarias entre un deudor y un acreedor extiende su ámbito material a los derechos que el acreedor pueda ejercer en contra del deudor en el evento de incumplimiento. Un factor que complica enormemente una reforma en esta materia son las implicaciones de propiedad de la garantía mobiliaria. El valor real de una garantía mobiliaria es el grado de prelación que ésta le confiere a su titular en contra de terceros y los derechos que a éstos le asisten derivados de la misma garantía en contra de otros acreedores para el evento de incumplimiento, o bien, de otros peticionarios para el caso de insolvencia del deudor. En cada sistema legal las reglas que se refieren a los efectos dominicales de las garantías reflejan nece-

sariamente un sistema de reglas generales que gobiernan derechos de propiedad cuyas diferencias varían sustancialmente. Estas diferencias impactan directamente el régimen de las garantías, como los beneficios y utilidad que se generen hacia los derechos dominicales, o bien a las relaciones entre posesión y propiedad. La armonización puede contribuir a atemperar estas diferencias.

B. Intersección con las leyes de insolvencia

Cuando el deudor entra en insolvencia, la legislación de insolvencia tienen serias implicaciones en las garantías constituidas. En un buen número de sistemas de legalidad, desde la solicitud de insolvencia se suspende la posibilidad para el acreedor de realizar la garantía en contra del deudor. Adicionalmente el administrador de la insolvencia en muchos sistemas tiene el poder de neutralizar, como transacciones con prelación crediticia, las garantías constituidas en el periodo anterior a la insolvencia. En algunos sistemas legales, el proceso mediante el cual se reorganiza una compañía, puede alterar los derechos de algunos acreedores. Estos y otros puntos de intersección entre la ley de insolvencia y la ley que gobierna los créditos al margen de la insolvencia constituyen obstáculos sustantivos de reformas legales en materia de garantías.

C. Temática de las políticas internas

El éxito de los esfuerzos de reformas en el derecho comercial internacional ha consistido en adscribir su debate, en los beneficios económicos y en los tecnicismos concretos que pueden ser obtenidos mediante estos esfuerzos y estar contaminados con argumentos de la soberanía nacional y de políticas domésticas de los Estados involucrados. No obstante esto, en el ámbito de las transacciones de garantías más que en otros ámbitos del derecho comercial, algunos temas de soberanía parecieran permanecer centrales. Muchas de las reglas que gobiernan la realización de las garantías reflejan intereses significativos de política interna que son ajenos a las relaciones crediticias; así, *verbi gratia*, cuando los acreedores *ex lege* adquieren una posición privilegiada sobre otros acreedores con prelación crediticia, es precisamente porque este privilegio se ha estimado necesario en la consecución de un objetivo particular social, como lo es la preferencia en el pago de los salarios caídos a los trabajadores. En la medida en que estas políticas

sean comunes a varias jurisdicciones (que permitan la creación de un vínculo dominical en beneficio de los trabajadores que contribuyeron con materiales o trabajo a su incremento) otras no lo aceptarían, como la creación de un vínculo dominical en beneficio de los poseedores. Más aún: el efecto de la insolvencia del deudor respecto de las garantías genera problemas de política interna; en los regímenes de insolvencia, como en los regímenes de garantías, las reglas que gobiernan la prelación en la distribución de los activos del deudor refleja la pretensión de realizar objetivos sociales. Las políticas divergentes estatales arraigados en una sociedad, que están implicadas en éste ámbito, continuarán siendo un obstáculo con argumentos de soberanía nacional, en el debate de la armonización del derecho.

3. *Soluciones posibles*

Se debe partir del argumento que es altamente insatisfactorio tratar de identificar la ley aplicable en las transacciones de garantías cuando existe una red muy compleja de reglas de conflicto nacionales justamente en la determinación de la ley aplicable. Estas reglas incrementan, no eliminan, los costos para el acreedor, en la búsqueda de la potencial ley aplicable en materia de garantías y en la necesidad de satisfacer los requisitos de estas leyes. Más aún, la dificultad en la predicibilidad del resultado del análisis de las reglas de conflicto, y en el riesgo que ese análisis en la aplicación de una ley insuficiente en la solución de controversias, afecta adversamente el costo y la disponibilidad del crédito. La conclusión es clara: tal y como lo sugiere este debate, un régimen de garantías internacionales sería altamente exitoso y podría resolver un intricado complejo contractual, así como problemas de propiedad. En este nuevo régimen se debe conciliar igualmente una amplia gama de reglas procedimentales. Las posibles soluciones pueden ser visualizadas en diferentes contextos, que se han empleado en el derecho comercial, al margen del ámbito del régimen de legalidad de las garantías.

A. Las leyes uniformes de conflicto

Una posible solución es la adopción de reglas uniformes de conflicto que puedan permitirle a los acreedores, sin ninguna ambigüedad, determinar las leyes que deben ser aplicables para la creación y la realización de garantías. Este enfoque no va a reducir los costos de ley aplicable, para eli-

minar la satisfacción de requisitos y de las leyes vigentes de garantías, en diferentes jurisdicciones. Pero más importante es altamente cuestionable si tales medidas pudieran alcanzar el nivel de predicibilidad y certeza relativas a la prelación que desea todo acreedor. En la medida en que la legislación interna contenga reglas insuficientes para garantizarle al acreedor su prelación, las reglas uniformes de conflicto no podrán eliminar el riesgo que una garantía creada válidamente en una jurisdicción pueda no ser reconocida en otra, o bien, que la prelación de un acreedor pueda no ser honrada en otra jurisdicción en donde el bien mueble objeto de la garantía ha sido desplazado. Adicionalmente, las reglas uniformes de conflicto no van a eliminar *per se* las incongruencias que generan la aplicación de leyes diseñadas para uso nacional en transacciones transfronterizas. Por estas razones a las reglas uniforme de conflicto, se les puede caracterizar en materia de garantías como la segunda mejor solución.

B. Parámetros uniformes o principios

Un mecanismo que ha sido muy exitoso en otras áreas es la elaboración de un conjunto uniforme de parámetros o de principios generales diseñados para ser incorporados por los agentes en sus transacciones particulares. Algunos de los comentarios expuestos anteriormente sugieren que un enfoque de esta magnitud tendría una utilidad limitada en el derecho de garantías. Un desplazamiento total de la reglamentación de la garantía a la autonomía de la voluntad sería insuficiente, ya que ningún acuerdo entre deudor y acreedor puede regular íntegramente las convenciones sobre garantías, pero lo que es más grave: no puede darle efectos en contra de terceros. En tanto que un instrumento de esta índole pudiera ser útil en la armonización de ciertos aspectos prácticos entre partes contratantes en un contrato de garantía, no sería suficiente para resolver los ángulos dominicales de la garantía o las decisiones de política interna que involucran la imputación del pago conforme a la prelación crediticia.

C. Reglas sustantivas de armonía para uso exclusivo de transacciones internacionales

Otro mecanismo de reforma que en otros ámbitos ha sido exitosa, es el desarrollo de instrumentos aplicables exclusivamente a transacciones transfronterizas. En lugar de propiciar una armonización integral de la ley

sustantiva en una materia específica, una convención de esta naturaleza adoptaría un conjunto de reglas armonizadas, circunscritas a transacciones internacionales. En las garantías inherentes al financiamiento, sin embargo, es sumamente problemático por el efecto dominical de la garantía aplicar diferentes reglas a transacciones nacionales y a transacciones transfronterizas. Como se ha expuesto, el valor real de la garantía radica en los derechos que le confiere al acreedor en contra de terceros, incluyendo otros acreedores. En un sistema en donde una transacción puramente nacional condujera a la creación de una garantía bajo un régimen de legalidad determinado, y la transacción internacional condujera a la creación de la misma garantía creada por otro orden jurídico, surgirían inmediatamente constantes conflictos de prelación entre los dos sistemas. En consecuencia, un instrumento internacional aplicable sólo a transacciones transfronterizas no resolvería satisfactoriamente la gama de problemas que surgen con motivo del financiamiento internacional.

D. *Leyes modelo comprensivas*

Otro instrumento empleado en las leyes mercantiles es la ley modelo. La ley modelo tiene como propósito un enfoque más comprensivo en el proceso de armonización. Al adoptarse, la ley modelo gobernaría toda clase de transacciones que tuvieran un elemento de transnacionalidad, así como transacciones puramente nacionales. En la medida en la que, por definición, una ley modelo no es vinculante, los diferentes países pueden adoptarla, pero en su implementación legislativa pueden modificarse toda clase de disposiciones, con el propósito evidente de retener reglas preexistentes, y con ello darle continuidad a los efectos de la política interna. En el ámbito de las garantías, la naturaleza de los intereses de política interna que se encuentran involucrados, sugieren que los Estados nacionales difícilmente aceptarían voluntariamente el abandono de su política interna en favor de reglas que han sido diseñadas en otros foros, y que reflejan diferentes políticas en la prelación de cobro. En consecuencia, parece remoto que la incorporación *verba tim* de una ley modelo pudiera llegar a tener un efecto de unificación.

III. LOS PROGRESOS HACIA LA ARMONIZACIÓN: INICIATIVAS DE REFORMAS ESPECÍFICAS

A pesar de los diferentes obstáculos que han frustrado a la fecha diversas reformas para unificar las garantías crediticias a nivel universal, éstas no han podido impedir la actividad de la formulación de propuestas. Las tres últimas décadas se han caracterizado por ser un periodo especialmente activo de propuestas de reformas, relativas a industrias o a regiones geográficas particulares.

1. *Propuestas sectoriales*

A. *Antecedentes*

En términos generales, la modernización del régimen legal de garantías facilitaría las transacciones que involucren propiedad particular; sin embargo, se ha podido percibir, como especialmente crítico, ciertas transacciones que involucran diversas categorías de garantías. Esto incluye mercaderías móviles (cuya movilidad en el comercio ordinario implicaría la aplicación de múltiples leyes), y la propiedad intangible (cuya localización es difícil de ubicar conforme a las reglas tradicionales). En estas áreas, los beneficios económicos generales que podrían generarse con motivo de la modernización de un régimen legal de garantías, están acompañados de beneficios particulares atribuibles a la especificidad de la garantía. Las convenciones relativas a industrias específicas se han desarrollado a efecto de capitalizar este imperativo comercial adicional. A continuación se da cuenta de ellos en orden cronológico.

B. *Convenciones*

a. *Convenciones de Unidroit de factoraje y de arrendamiento financiero internacionales (convenciones de Ottawa)*

Esas convenciones fueron aprobadas en 1988 y han sido ratificadas por seis y nueve países respectivamente.

Estas convenciones financieras producen el mismo efecto que una convención sobre garantías crediticias. La convención sobre el factoraje internacional que permite a los agentes económicos vender sus facturas por

efectivo, equivale funcionalmente al descuento crediticio de facturas; la convención sobre arrendamiento financiero permite al arrendador dar por terminado el contrato de arrendamiento encuentra su equivalente funcional en la garantía crediticia. Estas dos convenciones concentran más su atención en los aspectos contractuales del factoraje y del arrendamiento financiero; aun así, sus aspectos innovativos se han considerado un paso importante en la modernización del régimen de garantías.

b. La Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó esta Convención el 2 de diciembre de 2001 y tiene como ámbito general de validez la cesión internacional de créditos, así como la cesión de créditos internacionales. Su ámbito comprende igualmente la venta de créditos de cuentas, así como la creación de garantías respecto a esas facturas. La Convención dispone las garantías con desposesión y con ello la viabilidad de crédito para muchos agentes del mercado en cuya jurisdicción la ley nacional niega la garantía sin desposesión. Al validar esta Convención la transferencia de facturas y la cesión de créditos futuros, facilita sin discusión la garantía de créditos.

En tanto que esta Convención adopta reglas sustantivas aplicables a los contratos de cesión propiamente dichos, establece reglas de conflicto que gobiernan los problemas de prelación entre el cesionario y otros peticionarios que pudieran llegar a tener interés en el crédito. Esta Convención, al reconocer la necesidad de proveer de un principio diferente a las reglas de conflicto, que no esté estructurado en la ubicación de las cuentas individuales, representa un avance significativo en el desarrollo del financiamiento de garantías intangibles.

c. Convención de Ciudad del Cabo de Garantías Internacionales en Equipamiento Móvil

A fines de la década de los ochenta, el Unidroit inició un proyecto tendente a la creación de un régimen de garantías uniforme para cierta clase de equipamiento móvil. Esta categoría de garantías eran un avance obligado en la perspectiva de reformas sobre garantías que por su propia naturaleza, se empleaban en contextos transfronterizos y que como consecuencia creaban serios conflictos entre diferentes jurisdicciones. Esta Convención úni-

camente involucra bienes muebles de alto valor e identificables en forma indubitable. La estructura que se eligió consiste en una Convención marco cuyo texto únicamente produciría efecto cuando estuviese involucrado con un protocolo de una industria específica redactado *ad hoc*. Paralelamente con el protocolo aeronáutico, esta Convención fue abierta a su firma el 16 de noviembre de 2001.

Esta Convención privilegió un esquema comprensivo para la regulación del crédito garantizado, y de un marco para la creación de una garantía internacional en equipamiento de alto valor sobre el diseño de reglas para el reconocimiento de garantías creadas bajo el ámbito de la ley nacional. Adicionalmente las reglas que gobiernan la creación de estas garantías, disponen también de reglas que gobiernan la realización de las garantías y un sistema de prelación de acreedores, y por lo tanto regula la creación de un registro internacional automatizado cuyo objetivo primario sería publicitar las prelación crediticias de garantías.

d. Conferencia de La Haya en Derechos del Titular Indirecto de Garantías

A finales de 2002, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya publicó la Convención sobre Derechos del Titular Indirecto de Garantías. Esta Convención gobierna las garantías constituidas en activos de inversión cuya titularidad no se determina directamente sino a través de la compensación y sistemas preestablecidos o través de intermediarios. La Convención adopta la regla de conflicto primaria a favor del Estado nacional cuya ley ha sido elegida para regular las cuentas relevantes en las garantías; a tal efecto debe proponerse que el intermediario de la garantía tiene fijada su residencia en ese Estado nacional. Esta Convención en consecuencia es un intento de reglamentación de las garantías que por su naturaleza están desmaterializadas y no tienen localización por lo que tienen una titularidad indirecta; por ello adopta una regla de conflicto que no intenta la definición de la localización en tanto tal garantía.

En un trabajo paralelo, Unidroit ha iniciado un proyecto cuyo objetivo es desarrollar reglas sustantivas que gobiernen estas garantías. En la Unión Europea, los Estados miembros están en proceso de implementar una nueva directiva respecto a los contratos de garantías que involucren garantías de activos financieros. Ambos esfuerzos responden al crecimiento sin precedentes en el empleo de activos financieros como garantías.

2. *Propuestas regionales*

A. *Antecedentes*

Otras actividades de armonización en el ámbito del derecho de garantías ha venido tomando forma en convenciones regionales; el ímpetu que impulsa estas iniciativas provienen frecuentemente de intereses comerciales. Cuando la actividad comercial entre Estados vecinos se incrementa, se hacen más críticos los conflictos que se generan por el movimiento transfronterizo de garantías. Existe adicionalmente otra motivación regional que es el desarrollo económico local. En la medida en la que la garantía crediticia como asistente del desarrollo económico recibe cada aceptación, ha obligado a los responsables de estructurar la política económica en regiones en desarrollo a desplazar también una actividad de reformas en un esfuerzo para crear mercados crediticios que les permitan la consecución de este desarrollo.

B. *Convenciones*

a. *Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento*

En 1994, a efecto de coadyuvar y propiciar con los países de Europa central y del Este el desarrollo de un régimen moderno de garantías, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, diseñó una ley modelo de transacciones de garantías. En 1998 este banco adicionó a esta ley modelo con la publicación de un conjunto de principios cuya intención determinaba los objetivos de reforma en las áreas de crédito garantizado. Estas propuestas no fueron diseñadas como un marco regulatorio totalmente terminado sino como principios de los fundamentos necesarios que permitieran el otorgamiento eficiente de crédito garantizado *verbi gratia* las regulaciones que requieren registro público de créditos garantizados; disposiciones que crean la realización de las garantías ante el incumplimiento del deudor. Esta ley modelo ha influido en las reformas de las leyes de garantías en un número importante de países del Europa y de Asia Central.

b. Acta Uniforme de las Garantías de la OHADA

La Organización para la Armonización en África del Derecho Comercial (OHADA), se compone de 16 miembros de Estados africanos; en 1997, adoptó el acta uniforme de garantías, que está basada fundamentalmente en el derecho francés. Esta ley valida las garantías sin desposesión y fomenta la adopción de sistemas más modernos, incluido en uso de un solo registro público, sin implementar un régimen terminado moderno de garantías.

c. La Organización de Estados Americanos: CIDIP-VI

En 1996 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), convocó a la Sexta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), cuya agenda incluía la modernización de la ley sobre garantías. El proyecto de la ley modelo, provino de la propuesta del National Law Center for Inter-American Free Trade, de Phoenix, Arizona, y que tenía entre uno de sus objetivos el desarrollo de una única ley modelo para ser adoptada por los países latinoamericanos y del Caribe. Esta ley, tal y como fue redactada, tenía la intención de estimular el crecimiento económico en los países de Centroamérica y Sudamérica, creando un mercado regional crediticio para el continente occidental. Al término de los trabajos de la CIDIP-VI, la conferencia plenaria aprobó la ley modelo y la sometió a la consideración de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Esta ley modelo regula las garantías consensuales de bienes muebles y provee la creación de derechos preferenciales en el Registro Público de Garantías. En tanto la ley modelo no exige del país adherente remplazar todos sus mecanismos de garantías, como la hipotecaria, sí las requiere, sin embargo, la creación de un sistema registral único y uniforme, en el que las garantías creadas pudieran inscribirse y conferirles una prelación determinada. Esta ley modelo adoptó un punto de vista moderno de garantías, proveyendo la posibilidad de garantías de obligación y objeto futuro. Igualmente validó las garantías sin desposesión, permitiendo el uso de créditos, así como de otros intangibles como garantías; tal y como lo sostuvo uno de los redactores de la ley modelo, éste es un intento de construir un puente entre las instituciones más eficaces del *common law* y del sistema de codificación.

d. Reforma de asistencia por instituciones financieras

En regiones en desarrollo, son varias las instituciones financieras e instituciones no gubernamentales involucradas en el proceso de reformas. Instituciones financieras como el Banco Mundial y el Banco Asiático de Desarrollo, han brindando su asesoría en la modernización de las leyes sobre garantías, tanto en su aspecto formal como informal. Estas instituciones financieras han propuesto reformas sobre la ley de garantías aun cuando únicamente estén relacionadas con la legislación de insolvencia de sus países. Adicionalmente, varias agencias internacionales de crédito con frecuencia buscan condicionar su asistencia financiera a la existencia de un marco regulatorio moderno de garantías crediticias y con ello fomentar reformas nacionales.

e. Propuestas de asistencia legal

Un número de organizaciones no gubernamentales que ofrecen asistencia técnica y legal en regiones en desarrollo se han involucrado en proyectos relacionados con las garantías crediticias. El National Law Center for Inter-America Free Trade es bastante activo en América Latina y el Caribe, así como el Centro Europeo y Euroasiático de Propuestas, patrocinado este último por la Barra Americana de Abogados y que provee de asistencia y asesoría legal a los países de Europa Central y Asia. El Centro para Análisis Económico de Derecho también es un participante activo en los esfuerzos de reforma y asiste tanto a gobiernos como a instituciones financieras, analizando el impacto económico en las reformas legislativas propuestas. En forma similar el centro para las reformas institucionales y del sector informal de la Universidad de Maryland coadyuva con estos esfuerzos de modernización, y provee asistencia legal relacionada con la actualización de los regímenes existentes, así como de la tecnología necesaria para crear sistemas registrales funcionales.

3. Sumario

Las propuestas regionales y sectoriales operan en forma muy distinta; responden a objetivos primarios diferentes:

1. Las propuestas sectoriales tienden a incrementar la eficacia comercial de los créditos garantizados sobre mercaderías específicas o industriales.

2. Las propuestas regionales intentan hacer lo mismo pero lo hacen como un medio para la consecución del final del desarrollo económico.

Adicionalmente, ambas propuestas utilizan metodologías diferentes de armonización. Las propuestas regionales adoptan leyes modelo comprensivas que en caso de ser adoptadas remplazarían a la ley de garantías nacionales. Las convenciones sectoriales toman la forma de convenciones multilaterales que únicamente desplazarían a la ley nacional en su aplicación a segmentos industriales particulares (y en algunas ocasiones a transacciones transfronterizas dentro de estos segmentos industriales).

En perspectiva, y agrupados, estas propuestas sugieren que hay simultáneamente preocupación y optimismo si se considera el futuro de la armonización de estos procesos.

IV. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN

1. *Fórmulas de compromiso*

Una de las enseñanzas que pueden obtenerse del análisis de las propuestas de las que se ha dado cuenta, es que las políticas nacionales son las que continúan presentando a la fecha obstáculos sustantivos para las reformas legales. Cuando los esfuerzos de reforma son exitosos, es porque los Estados nacionales cuyas leyes serían desplazadas consideran que la reforma legislativa que ofrece beneficios particulares deben prevalecer sobre las políticas locales y, por lo tanto, ameritan adoptar esas reformas. Estos esfuerzos en consecuencia se concentran en ámbitos en donde existen beneficios anticipados comprobados. En regiones en donde la necesidad de la modernización de crédito es más crítica o en sectores en donde el beneficio comercial que pueda obtenerse en la racionalización de crédito es contundente, aun cuando la estructura de los instrumentos individuales de reforma y los procesos en los que éstos se negocian, refleja a qué extremo ha llegado la resistencia de los Estados nacionales en abandonar las reglas locales en favor de leyes o de reglas uniformes ideales. Esto, sin discusión, apunta a ciertas limitaciones en el proceso de armonización.

A. Límites de la reforma regional

En este ámbito, la necesidad de respetar los intereses locales se refleja frecuentemente y de forma más clara en la elección del instrumento de reforma. Considerando los posibles métodos para alcanzar reformas regionales, los redactores de propuestas en los diferentes ámbitos han optado por leyes modelo ya que estiman que les permiten a los Estados nacionales la posibilidad de preservar políticas locales contenidas en la legislación actual. Esta elección es estrategia, ya que tiende a maximizar los beneficios de adoptar una reforma sin forzar al Estado nacional a revisar las disposiciones internas existentes pero limita la capacidad de estos instrumentos por lo menos en el corto plazo de alcanzar una uniformidad sustantiva. Adicionalmente, aun cuando estos países se han entusiasmado en adoptar leyes modelo, con propósitos de unificación, no existe seguridad alguna que estos regímenes, propios de un área, sean propicios para la evolución de otras áreas. En efecto, al congregar elementos comunes de una región particular, por ejemplo, reglas inspiradas en los principios del derecho civil francés, en África, las medidas de armonización regional previenen a esta región de eventuales armonizaciones con otras regiones que no comparten estos elementos comunes.

B. Límites a la reforma sectorial

La reforma sectorial ha sido obtenida a través de convenciones y no de leyes modelo, que en más de un sentido son mucho más restrictivas; el Estado nacional que ha determinado adherirse, debe incorporar el texto completo de la Convención, y por lo tanto existen menores posibilidades de una adopción no uniforme. Aquí, sin embargo, se honra a la legislación nacional en ciertos instrumentos particulares, que reflejan la decisión de los redactores de estos instrumentos internacionales de transigir, con el ánimo de maximizar los beneficios de la implementación de la Convención. Las convenciones sectoriales por definición están limitadas a transacciones que implican ciertas categorías de garantías; aun en los segmentos industriales relevantes, las convenciones están frecuentemente limitadas en su alcance. La mayoría excluye transacciones del consumidor; otras, excluyen transacciones de derechos de propiedad intelectual. Algunos instrumentos separan la parte internacional de la parte nacional y acotan su ámbito al primero; otras se refieren a aspectos contractuales en las relaciones de

garantías, y proveen únicamente leyes de conflicto respecto a su efecto sobre terceros. La necesidad de restringir el ámbito de la aplicación de estos instrumentos, sugiere que la reforma de garantías en el área comercial únicamente a través de reformas sectoriales es indeseable. En tanto que sectores individuales pudieran por necesidades comerciales ser exitosos en la unificación a través de convenciones, es poco probable que una acumulación lenta de diferentes acuerdos pudieran en un momento determinado ser comprensiva de toda la materia. Mas aún, tal enfoque inevitablemente resultaría problemático, ya que yuxtapondría diferentes convenios sectoriales.

Adicionalmente, instrumentos de reforma sectorial contienen mecanismos que posibilitan un mejor balance de intereses locales, bajo la forma de excepciones de orden público. Algunas de esas excepciones han sido diseñadas a efecto de confinar su uso únicamente para políticas fundamentales. La Convención de Ciudad del Cabo *verbi gratia* prevé que cada Estado contratante debe identificar anticipadamente los intereses de su política que intenta implementar. Otras incluyen un lenguaje, estimulando la implementación al circunscribirse a un número limitado de supuestos. Sin embargo, la aplicación de excepciones de orden público es difícil de ser restringida; por lo tanto, a pesar de ser necesarias, tienen el efecto de estimular la adhesión de políticas locales más que proseguir con la uniformidad.

2. Progreso

En cierto nivel, existen claros indicios de la continua resistencia en la modernización completa de la ley que sugiere que ni las reformas regionales ni sectoriales aislados van a conseguir una completa uniformidad en el derecho de garantías. La interrogante pertinente actual del día de hoy, sin embargo, es cuándo y en qué respecto estas propuestas han fortalecido la eventual uniformidad universal, es muy claro que han contribuido sustancialmente en crear un clima adecuado para futuras reformas.

A. Aspectos procedimentales de reforma

Las propuestas han enfatizado en varios tópicos del proceso que están implicados en la reforma de las garantías crediticias y que han generado experiencia extremadamente valiosa para reformas futuras. Uno de esos tópicos implica el problema de la competencia legislativa. La reforma internacional legislativa relativa a las transacciones de garantías, se complica

por el hecho que la autoridad del legislador relevante en esta tarea es de diferentes niveles en los distintos países, esto es especialmente cierto respecto a la ley de garantía como un sistema cerrado: en algunos Estados federales, por ejemplo, las garantías de transacciones del consumidor son competencia de las entidades federativas, en tanto que las transacciones comerciales están gobernadas a nivel federal. Igualmente cierto lo es en el derecho de garantías, que se refieren a otras áreas del derecho: en los Estados Unidos por ejemplo en crédito garantizado se regula por ley estatal, pero la insolvencia por la ley federal. En consecuencia, al margen de la consideración que la ley de garantías o la ley de insolvencias pudieran ser reformadas en forma independiente una de la otra, los redactores deben de ponderar los problemas procedimentales que surgen por ambos instrumentos legales. En el proceso de redactar varias propuestas, los reformadores han explorado métodos que pudieran superar este problema.

Los esfuerzos recientes de reformas también han modificado los fundamentos de derecho comercial. En tanto que los Estados nacionales habían sido históricamente los primeros, sino es que los únicos actores en la reforma del derecho comercial internacional, hoy en día una variedad de entidades no gubernamentales participa en este proceso. Algunos Estados son ahora miembros de organizaciones de integración económica con la autoridad de regular programas de comercio, *verbi gratia* la Unión Europea, o de organizaciones similares que carecen de esta autoridad, pero que participan en los debates regulatorios, por ejemplo, en África. Adicionalmente, organizaciones no gubernamentales, en años recientes, se han involucrado con mayor intensidad en el desarrollo de las convenciones internacionales; los esfuerzos de reforma anteriormente descritos han proporcionado experiencia invaluable en orquestar las actividades de estos variados actores, especialmente en situaciones en las que organizaciones internacionales han yuxtapuesto sus mandatos, por ejemplo el Unidroit, la Conferencia de La Haya y Uncitral. Esta experiencia involucra tanto los procesos de negociación, en donde la representación y la coordinación de estas nuevas entidades es el problema primario, como también el proceso de implementar la reforma de un instrumento. La reciente conclusión de la Convención de Ciudad del Cabo provee de un buen ejemplo en estos puntos. Unidroit, la organización de origen, trabajó en cooperación con la organización de la Aviación Civil Internacional, la Asociación Nacional de Transporte Aéreo y grupos privados industriales, junto con los Estados miembros representados. La Convención, como fue adoptada, le confirió a las organizacio-

nes regionales de integración económica de poderes explícitos para su firma y adhesión. En su conjunto, la Convención de Ciudad del Cabo y las propuestas de los últimos 20 años tanto sectoriales como regionales han favorecido el desarrollo del marco legal procedimental que va a eficientar futuras reformas.

B. La modernización de reglas

Pero lo que es más relevante es que las diferentes convenciones han llegado a construir un vocabulario y conocimiento comunes relativos a las diferentes técnicas que facilitan las garantías crediticias. En la medida en la que así ha sido, las convenciones han promovido y han logrado obtener la aceptación de estas técnicas, incluidas las garantías sin desposesión, el uso de garantías intangibles, y el uso de registros públicos con propósitos de prelación crediticia. Es cierto que existen límites sobre la conveniencia de transponer una técnica que siendo exitosa en una región cuestionable que lo sea en otra. Por ejemplo, si bien convenciones sectoriales han introducido la noción de la garantía sin desposesión, en países en donde estas garantías no han sido previamente reconocidas, no es de concluirse que la resistencia para estas garantías al margen del sector privado pudieran desaparecer rápidamente (de hecho incluso antes de estos esfuerzos de reforma muchos sistemas reconocieron estas garantías sin desposesión en áreas específicas sin darles una validez general). Pero es igualmente cierto que las diferentes perspectivas que existen sobre el valor de las garantías en general, continuarán siendo el principio informador de las reglas de garantías. Sin embargo, es indiscutible que las propuestas de reforma han contribuido para divulgar las prácticas modernas crediticias.

C. La expansión de las vías de reforma

Finalmente es importante considerar las diferentes vías en donde transitan los esfuerzos de reforma tanto regionales como sectoriales y que han alterado las formas de inducir reformas globales o generales a nivel universal. Armonizar reglas de conflicto por ejemplo en el pasado reciente (y en alguna forma en el actual), se percibe ahora como la segunda mejor solución. Los trabajos regionales estimulan la difusión de sistemas locales más modernos; sin embargo convenciones sobre la elección de ley aplicable pu-

dieran ser en el corto plazo, los instrumentos idóneos para regular los créditos y las transacciones de garantías internacionales.

V. CONCLUSIÓN

Hoy en día, los trabajos continúan en proyectos sectoriales y regionales; adicionalmente algunas propuestas de reformas más extensas han sido formuladas. El American Law Institute aprobó la Internacional Secured Transactions Project, uno de cuyos objetivos es el desarrollo de una ley modelo que pudiera gobernar transacciones de garantías internacionales en una forma más integral y comprensiva. El actual proyecto de Uncitral es igualmente ambicioso, ya que contempla el desarrollo de un régimen legal que gobierna tanto transacciones internacionales como nacionales de las mercaderías involucradas en la actividad comercial. Estas ambiciosas reformas no serán sencillas. La guía legislativa preparada por Uncitral, puede llegar a ser empleada en jurisdicciones con sistemas modernos pero también en aquellos en que no lo sean tanto; adicionalmente, algunos problemas irresueltos pertenecieron al desarrollo general comercial, permanecerán en algunos países, debido a la sofisticación de los negocios y las leyes comerciales y de la información tecnológica disponible. Este instrumento podría ser el paliativo de las diferencias que persisten entre sistemas modernos de garantías crediticias, inclusive aquellos que resuelven cuestiones fundamentales como la definición funcional sobre el significado formal de una garantía, la disponibilidad de la reposición, la validez de una garantía unitaria y el desarrollo del título de retención. Más aún, su desarrollo e implementación requerirá la coordinación y cooperación de varias instituciones que están en búsqueda de reformas, así como la definición clara de las funciones de Unidroit, Uncitral y la Conferencia Internacional de La Haya, además de otros actores que tratan un balance propio entre la modernización de las garantías crediticias y los intereses regulatorios de cada Estado individual.

Al final, sin embargo, el aspecto más importante puede ser mundano: gracias a los esfuerzos de Unidroit, Uncitral y la Conferencia Internacional de La Haya en las últimas décadas, existen razones suficientes para contemplar con optimismo una reforma global de garantías crediticias.